

A REGULAÇÃO DOS MERCADOS NA
VISÃO DO JUDICIÁRIOAGÊNCIAS REGULADORAS
E CONCORRÊNCIA*

Vinícius Ribeiro de Figueiredo Teixeira

RESUMO

Analisa a motivação da criação das agências reguladoras, as quais não são definidas na Constituição Federal, apesar do grande número existente de órgãos assim denominados.

Afirma que o surgimento dessas agências ocorreu na década de 1990 e examina apenas aquelas que cuidam de setores onde houve alterações estruturais, quando o Estado deixou de prestar tal atividade de regulação.

Trata dos pressupostos de validade dos atos das agências, a saber: sejam eles pautados por critérios técnicos; haja motivação clara a respeito das decisões das agências. Além disso, afirma que elas reúnem características dos Três Poderes, pois estipulam regras, fiscalizam o cumprimento destas e aplicam as sanções necessárias.

PALAVRAS-CHAVE

Agência reguladora; Estado; Poder Judiciário; fiscalização; economia; mercado.

* Conferência proferida no Simpósio sobre "A Regulamentação dos Mercados na Visão do Judiciário", realizado pelo Centro de Estudos Judiciários e pela Associação dos Juizes Federais (AJUFE), no dia 09 de junho de 2003, no Tropical Tambaré Resort & Convention Center, João Pessoa/PB.

INTRODUÇÃO

Para uma análise pertinente sobre a atuação das agências reguladoras com relação ao incentivo à competição, escopo deste trabalho, é adequado, anteriormente, um exame acerca da motivação da criação dessas agências.

Para tanto, em primeiro lugar, há de se definir o tema sobre o qual se está a estudar. Isso porque não há definição constitucional das agências e tem-se verificado uma tendência de proliferação de órgãos assim denominados, mas com funções e campos de atuação bem diferentes entre si.

A criação das agências reguladoras foi uma entre as diversas mudanças ocorridas na década de 1990, com relação à intervenção do Estado brasileiro na economia. Além da instituição desses órgãos, verificou-se, ainda, de grande destaque, o fim às restrições ao capital externo, o fim dos monopólios estatais e a saída do Estado da exploração de atividades econômicas, como determinado pela Constituição.

No presente estudo, as agências a serem analisadas são somente aquelas que cuidam de setores que sofreram recentemente alterações estruturais relevantes, com o afastamento do Estado da prestação da atividade – sejam setores que constituam atividade econômica (ou atividade econômica em sentido estrito) ou aqueles onde há prestação de serviços públicos.

São órgãos que cuidam de setores de infra-estrutura, nos quais historicamente a presença do Estado, na execução dos serviços, foi sempre muito forte; mas que sofreram grandes transformações recentes, tendo a execução dos serviços, ou de boa parte deles, passado à iniciativa privada, enquanto o Estado assumiu um papel de normatizar e fiscalizar o mercado.

Apesar de o tema ser tratado por boa parte da imprensa e mesmo da doutrina como uma mudança completa no relacionamento entre Estado e mercado, a existência de entes com tais atribuições é bastante tradicional no ordenamento jurídico brasileiro. E isso se verifica, basicamente, nos mesmos setores que agora vem sendo “regulados” pelas agências.

De fato, não obstante ser a disseminação das chamadas “empresas estatais” a forma mais conhecida de intervenção do Estado brasileiro na

economia, ao longo do século XX, a instituição de órgãos com funções normativas é anterior e ostenta relevância também significativa.

As primeiras grandes empresas públicas e sociedades de economia mista datam da década de 1940, como a CSN, de 1941; a Vale do Rio Doce, de 1942; a Cia. Hidrelétrica do São Francisco, de 1945; e a Fábrica Nacional de Motores, de 1946. Posteriormente, os investimentos estatais foram canalizados para empresas como a Petrobras e os complexos Eletrobras, Siderbras, Nuclebras, Portobras e Telebras.

Não se pretende aqui defender ou atacar a criação de tais empresas. Qualquer análise a esse respeito tem de levar em consideração o contexto em que elas foram criadas. Naquela época histórica, o Estado tinha recursos para investir, o que basta para se fazer uma clara distinção com o período atual.

Atualmente, a possibilidade de o Estado realizar investimentos pesados, principalmente em setores de infra-estrutura, é muito restrita, sendo necessária outra forma de atuação, intervindo o Estado na economia, cada vez mais, por meio de órgãos de regulação. Isso já vem sendo feito há quase um século.

Como demonstra Alberto Venâncio Filho¹, a intervenção estatal por meio de órgãos vinculados ao Poder Executivo iniciou-se em 1918, quando ocorreu a criação do Comissariado de Alimentação Pública, mediante o Decreto n. 13.069. Posteriormente, vários órgãos com poderes normativos foram criados, principalmente relacionados a produtos agrícolas².

Com relação aos setores de infra-estrutura, nos quais hoje se verifica a presença das agências reguladoras, anteriormente existiam órgãos como o Conselho Nacional do Petróleo, instituído em 1938; o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica, de 1939; o Departamento Nacional de Estradas de Ferro, de 1961; e o Conselho Nacional de Telecomunicações, de 1962.

A regulação feita por tais órgãos sofreu diversos questionamentos, da mesma forma como se verifica atualmente, em que doutrinadores de escol consideram inconstitucional o poder normativo e diversos aspectos da independência das agências reguladoras.

Talvez a melhor discussão a respeito dos poderes regulatórios dos órgãos aptos a assim proceder, como

os já citados, tenha sido a referente aos poderes da Comissão Central de Preços, que se deu no julgamento do *habeas corpus* n. 30.355 pelo Supremo Tribunal Federal. Ao final, entendeu o Pretório Excelso que era constitucional a fixação de preços por dito órgão.

A regulação pelos órgãos então existentes era tradicionalmente feita mediante estipulação de preços ou quotas de produção, ao passo que aquela a ser executada pelas agências reguladoras, nos tempos atuais, é diferente, pois a sociedade reclama por uma atitude bem distinta.

Efetivamente, não se pode aceitar a tese de que as atuais agências reguladoras são apenas uma nova roupagem dos órgãos supracitados. A forma pela qual se pretende seja feito o controle por meio das agências reguladoras é muito diferente do que se verificava outrora.

Em primeiro lugar, cumpre ter em mente que o nível de intervenção do Estado é atualmente bem maior do verificado até meados do século XX. Há algum tempo, bastava o Estado estipular certas regras gerais que serviam para praticamente todos os setores da Economia. Atualmente, o nível de normatização exigido pela sociedade, para que o cidadão tenha seus direitos respeitados, é muito maior. Isso é de fácil aferição, se tivermos em mente, por exemplo, que o Estado deve fazer o controle do nível de poluição decorrente de cada investimento, para garantir o meio ambiente saudável, e deve fazer respeitar os direitos do consumidor.

Além disso, o estabelecimento de preços uniformes para produtos e quotas de produção, forma mais comum da prática intervencionista que se verificou até a década de 1990, são práticas anticoncorrenciais, que beneficiam empresas menos eficientes. Não se pode esperar, destarte, que prosigam sendo utilizadas, até mesmo para não haver violação de nossa lei anticoncorrencial (Lei n. 8.884/94).

Ademais, a regulação então exercida não foi suficiente para gerar confiança entre os investidores privados, já que freqüentemente fez com que fossem praticados preços inferiores aos custos de produção. Como consequência, tais setores foram, via de regra, de baixa atratividade para a iniciativa privada.

Pelo fato de o Estado não ter recursos suficientes para fazer frente a todos os investimentos necessários na infra-estrutura, portanto, surge a necessidade de investimentos por

parte de empresas privadas. Portanto é preciso garantir a essas empresas a possibilidade de percepção de lucros. Em decorrência disso, a regulação deve ser feita de forma bem distinta da anterior.

PRESSUPOSTOS DE VALIDADE DOS ATOS DAS AGÊNCIAS

Sem pretensões de esgotar o tema, há algumas características das agências reguladoras a se destacarem.

A primeira é o fato de tratarem elas de aspectos técnicos. As agências foram criadas como órgãos especializados em seus ramos de atuação, sendo necessárias porque esses setores demandariam uma normatização dinâmica e específica, não servindo para esse intuito a simples edição de leis por parte do Parlamento.

Assim, é requisito de validade para a prática de todos os atos das agências reguladoras serem eles pautados por critérios técnicos. Essa condição é necessária, mas não suficiente. Caso o aspecto técnico seja o único considerado, corre-se o risco de haver decisões políticas travestidas de técnicas, o que deve ser proibido.

Normalmente, verifica-se que a observância do critério técnico apenas indica algumas proposições a ser adotadas. A escolha a respeito da mais adequada é, de fato, uma escolha política. O critério técnico, com efeito, em muitas ocasiões, serve mais para afastar determinadas possibilidades do que para escolher a mais indicada.

Assim, surge a segunda condição de validade para todo e qualquer ato praticado por uma agência reguladora: a motivação devida. A motivação clara a respeito das decisões da agência é medida da transparência que se pretende tenha o novo modelo, sendo absolutamente necessária, pois permite à sociedade ter controle sobre aquelas. E não se pode conceber o novo modelo como algo a diminuir o controle social.

Com efeito, a instituição das agências reguladoras somente pode ser admitida caso signifique para a sociedade maior controle sobre os mercados, sendo uma demonstração a mais de democracia, por atuarem primordialmente em setores de serviços públicos ou de grande importância econômica. Não se pode permitir, destarte, que a atuação delas se transforme em algo apartado do controle pela sociedade.

(...) cumpre ter em mente que o nível de intervenção do Estado é atualmente bem maior do verificado até meados do século XX. Há algum tempo, bastava o Estado estipular certas regras gerais que serviam para praticamente todos os setores da Economia. Atualmente, o nível de normatização exigido pela sociedade, para que o cidadão tenha seus direitos respeitados, é muito maior.

O relevo especial da motivação dos atos das agências decorre do fato de que não se admite recurso contra suas decisões para qualquer órgão do Poder Executivo, apesar da vinculação destas à Administração Pública.

O controle de seus atos é feito somente pelo Poder Judiciário, caso a caso. E, para verificação acerca da adequação da medida, necessário é que os motivos pelos quais foi ela escolhida sejam disponibilizados. O Judiciário, quando provocado, deve verificar se o ato fora praticado com observância dos pressupostos próprios, ou seja, se a agência se pautara por critérios técnicos e decisivos para a prática em questão, e não apenas utilizados como “escudo” para justificar o ato.

Evidentemente, outros requisitos têm de ser analisados, dependendo da situação. Na hipótese de sanção aplicada pela agência, por exemplo, necessária a verificação se foi dado ao agente o direito ao contraditório e ao devido processo legal.

CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras reúnem características dos três Poderes, já que estipulam regras, fiscalizam o cumprimento delas e aplicam sanções com base nessas mesmas regras.

A fiscalização é inerente à qualidade de órgão público e é salutar que seja feita por órgão descentralizado, pois se exige fiscalização muito mais ativa do que a tradicionalmente realizada pelo Poder Público, dada a relevância dos setores regulados.

A possibilidade de as agências realizarem julgamentos não encontra muitas resistências, já que se trata, de qualquer forma, de ato administrativo. Assim, deve ser garantido às

partes o contraditório e o acesso à ampla defesa, sob pena de nulidade. Cabe, obviamente, exame da decisão por parte do Poder Judiciário, pelo menos com relação à adequação da medida aos motivos expostos.

Todavia há uma certa polêmica acerca da possibilidade de revisar-se a decisão tomada por uma agência reguladora, caso a medida tenha efetivamente se baseado em critérios técnicos, esteja devidamente motivada e todos os direitos das partes tenham sido respeitados.

Nessa hipótese, a revisão do ato pelo Poder Judiciário será bastante difícil. Não se quer dizer que o Judiciário não poderá apreciar a questão. Ao contrário, pode e deve fazê-lo, mas para verificar o respeito aos direitos das partes e a existência ou não de abuso de poder pelas agências. Caso uma medida tenha sido tomada por agência em contrariedade à boa técnica administrativa, pode ela perfeitamente ser impugnada perante o Judiciário. Por outro lado, se o ato estiver em obediência aos ditames constitucionais e legais e em consonância com as atribuições do órgão, não cabe ao Judiciário dizer que medida diversa deva ser editada, sob pena de se usurpar competência própria de outro Poder.

A terceira função exercida pelas agências é a de normatizar os setores regulados por elas. Essa função normativa gera maiores controvérsias na doutrina, entendendo muitos juristas que estaria sendo usurpada a competência do Parlamento.

Em se tratando de aspectos técnicos, muitas vezes é impossível para o Poder Legislativo chegar a minúcias relacionadas à adequação ou inadequação de determinadas medidas. Ao Legislativo cabe estabelecer parâmetros claros para a atuação da agência, definindo o chama-

do “marco regulatório” a partir do qual deve ela exercer suas atividades.

Obviamente, para a edição dos atos normativos, uma agência tem de observar os limites impostos por lei, que tem importância hierárquica superior às normas editadas pelas agências, e estas últimas não podem revogá-las, tampouco, restringir sua força. Aqui, faz-se menção tanto às leis criadoras das agências como às demais, inclusive, por óbvio, as mais de perto relacionadas às suas atividades, como o Código de Defesa do Consumidor e a lei da concorrência.

Algumas características das agências devem ainda ser relacionadas, sob pena de se incorrer em descuido injustificado. Dentre elas está a básica, a qual as torna em órgãos bem distintos das antigas autarquias conhecidas em nosso ordenamento jurídico – é a independência, ou autonomia, que se desdobra em quatro aspectos principais: estabilidade dos dirigentes, com mandatos fixos; independência decisória; independência financeira; e independência normativa, dada a orientação política pelo Executivo.

Com efeito, toda a inovação relativa à instituição das agências reguladoras brasileiras repousa na ausência de vinculação hierárquica. Caso venha a ser essa autonomia cassada, estaremos diante de outro tipo de órgão, jamais com as características ora analisadas.

Não se quer dizer com isso que somente se possa admitir a normatização de setores privados por órgãos autônomos como as agências. Exemplos há, dos mais variados, de órgãos similares em termos de poder regulamentar, não-dotados de autonomia com relação à estabilidade dos dirigentes, como, por exemplo, o Banco Central do Brasil.

Contudo a eventual retirada da estabilidade dos dirigentes das agências, o que vem sendo objeto de várias ponderações atualmente, ao menos na imprensa, exclui da agência reguladora o mais fundamental. Passaria a ser apenas mais um órgão da administração indireta, vinculado hierarquicamente à chefia do Poder Executivo.

Não é o que se pretendeu com a instituição das agências no ordenamento jurídico. E há razões de sobra para isso. O motivo determinante à criação daquelas é a verificação de que o Estado não mais possui condições de investir em setores cada vez mais importantes para a população, e que requerem grandes somas de

investimentos. A sociedade chegou à conclusão de que o Estado deveria investir seus recursos em atividades nas quais sua presença é mais exigida.

Para atender ao grande déficit em infra-estrutura, a única alternativa seria atrair o setor privado a fazer investimentos. Tal finalidade exige a satisfação de alguns pressupostos. O maior é estabelecer um ambiente propício, onde as “regras” sejam respeitadas. Nos setores nos quais houve a concessão de serviços públicos, isso equivale à preservação do equilíbrio econômico-financeiro esperado pelos investidores.

Na economia e na vida, se algum serviço é oferecido, alguém é responsável pelos custos dele decorrentes. Se há um serviço a ser prestado, e o oferecimento de tal serviço importa no desembolso de quantias consideráveis por parte da iniciativa privada, há de se permitir a percepção de lucro das empresas que se propuserem a levar a cabo a tarefa.

Contudo, principalmente em relação aos serviços públicos, o lucro somente é permitido na medida em que a prestação do serviço pelo particular seja mais eficiente que a prestação por parte do Estado, como acontecia anteriormente. É condição *sine qua non* para uma empresa apresentar de forma eficiente a estabilidade das regras, assim a regulação também será mais eficiente que a observada historicamente até este momento, no Brasil.

É preciso haver uma cultura regulatória, a ser implementada com a continuidade do modelo. E é necessária uma participação social crescente nas agências, tanto para expor os anseios da coletividade, como para controlar suas atividades, impedindo a assim qualificada na doutrina americana “captura” da agência pelos regulados, que vem a ser a utilização da regulação em benefício unicamente das empresas atuantes no setor, em prejuízo da coletividade.

CONCORRÊNCIA

Os setores onde as agências reguladoras vêm sendo criadas apresentam características de grande complexidade, daí por que a instituição delas.

A concorrência, nesses setores, não pode ser a perfeita, em que os atos dos atores, isoladamente considerados, não têm o condão de causar danos à concorrência ou aos con-

sumidores. Se assim o fosse, não haveria motivo para a existência das agências.

Nos setores regulados, em que todas as empresas têm importância relevante nos mercados, a grosso modo, as ações das agências reguladoras, voltadas a incentivar a competição, podem ser divididas em dois grupos: estabilidade das regras, que permite a cada empresa planejar seus atos com maior eficiência, inclusive as não-encontradas no mercado, com redução das chamadas “barreiras à entrada”, e controle das condutas, que exige fiscalização intensa.

Com relação ao controle das condutas, não há maiores questionamentos sobre a aplicação da lei antitruste, trate-se de serviços públicos ou de atividades econômicas em sentido estrito. Qualquer atitude tomada por uma empresa, com o objetivo de impedir ou limitar a atuação de outras no mercado, nos moldes dos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94, constitui ilícito e deve ser coibida. Verificam-se boas experiências em setores regulados, como, por exemplo, as diversas punições impostas a postos revendedores de combustíveis, área de atuação da ANP. Uma fiscalização exaustiva por parte das agências reguladoras, nessa área, é extremamente necessária.

Por seu lado, a estabilidade das regras – quanto ao controle de estruturas, ou seja, à posição de cada competidor no mercado – há de ser entendida de forma bem diferente da utilizada em termos jurídicos. Enquanto no Direito a estabilidade decorre de regras pouco modificadas com o passar do tempo, nos setores regulados, não se pode ter essa idéia.

Novas tecnologias são continuamente implementadas, havendo a necessidade da edição de novas regras, caso se pretenda manter um controle rígido e uma regulação eficiente. Todas as normas devem ser devidamente justificadas (com razões de ordem técnica) e debatidas com a sociedade.

Em questionamentos judiciais, deduz-se que uma regra estabelecida por agência reguladora (a menos que não trate de matéria técnica, ou que não seja devidamente motivada, com o que não poderia nem mesmo ser editada), somente poderá ser reformada após ouvida a agência.

São inaceitáveis, destarte, decisões, muitas vezes emanadas por juízes estaduais que nem sequer admitem a oitiva do órgão regulador, determinarem alterações nos contratos

celebrados com os usuários. Isso se verifica com alguma constância, até mesmo em decisões liminares, sem a oitiva da empresa.

O Judiciário pode – evidentemente – entender que uma norma, ou um item de norma emanada por uma agência reguladora, não se encontra em consonância com nossas Leis n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e n. 8.884/94 (Lei da concorrência), e reformá-la, mas não pode assim fazer sem demonstração de todas as consequências advindas da norma, e permissão às empresas e à agência para dizer o porquê da existência de tal regra.

A instituição das agências reguladoras não significa necessariamente um afastamento das questões por elas tratadas do âmbito do Poder Judiciário. Contudo as demandas judiciais deverão conter um número bem maior de subsídios, permitindo julgamentos mais precisos.

Para encerrar o presente trabalho, traz-se lição da lavra da Profa. Maria Sylvia Zanella di Pietro, em que a autora, com notável felicidade, faz uma comparação entre as formas anterior e atual de controle do Estado:

O que muda na realidade?

Parece que o que muda é principalmente a ideologia, é a forma de conceber o Estado e a Administração Pública. Não se quer mais o Estado prestador de serviços; quer-se o Estado que estimula, que ajuda, que subsidia a iniciativa privada; quer-se a democratização da Administração Pública pela participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e de consulta e pela colaboração entre público e privado na realização das atividades administrativas do Estado; quer-se a diminuição do tamanho do Estado para que a atuação do particular ganhe espaço; quer-se a flexibilização dos rígidos modos de atuação da Administração Pública, para permitir maior eficiência; quer-se a parceria entre o público e o privado para substituir-se a Administração Pública dos atos unilaterais, a Administração Pública autoritária, verticalizada, hierarquizada³.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 FILHO, Alberto Venâncio. *Intervenção do estado no domínio econômico o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- 2 A título de exemplo, podem ser citados o Instituto de Defesa Permanente do Café, de 1922, órgão substituído pelo Conselho Nacional do Café, pelo Departamento

Nacional do Café e pelo Instituto Brasileiro do Café, em 1952; e o Instituto do Açúcar e do Alcool, de 1933.

- 3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 14.

ABSTRACT

The author analyses the motivation for the creation of regulating agencies, which are not defined in the Brazilian Constitution, despite the great existing number of organs that way denominated.

He states that the arising of these agencies occurred in the 1990s and he only examines those which deal with the sectors where there were structural alterations, when the State no longer provided such regulation activity.

He copes with the presuppositions of validity of the agencies' acts such as: they must be regulated by technical criteria; and there should be clear motivation concerning the agencies' decisions. Besides, he affirms that they gather some characteristics of the three Powers, once they settle the rules, inspect their fulfillment and apply the necessary sanctions.

KEYWORDS – Regulating agencies; State; Judiciary Power; inspection; economy; market.

Vinícius Ribeiro de Figueiredo Teixeira é Advogado em Belo Horizonte/MG.